Das

Konkurrenzverbot für den Handlungsgehilfen

nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Inaugural-Dissertation

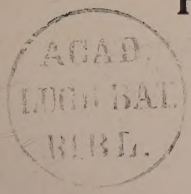
zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Fritz Neumann,

Referendar in Dresden.



Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Meiner Mutter.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Erster Teil.

Der Umkreis des Konkurrenzverbotes.

§ 2. Die Personen des Konkurrenzverbotes: Der Prinzipal und der Handlungsgehilfe 4

§ 3. Der Inhalt des Konkurrenzverbotes 14

§ 4. Die Dauer des Verbotes 24

§ 5. Die Aufhebung des Verbotes 28

Zweiter Teil.

Die Wirkung des Konkurrenzverbotes.

§ 6. Die Gültigkeit der verbotenen Geschäfte 33

§ 7. Die Ansprüche des Prinzipals aus Übertretung des Verbotes im allgemeinen und ihre Geltendmachung 35

§ 8. Der Anspruch auf Schadensersatz 39

§ 9. Das Eintrittsrecht 40

§ 10. Sonstige Rechte des Prinzipals 44

§ 11. Die Verjährung der Ansprüche des Prinzipals 47

Literaturverzeichnis.

Anschütz und **von Völderndorff,** Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. a) Erlangen 1868. b) Erlangen 1895.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin und Leipzig 1886.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechtes. 4. Aufl. Das bürgerliche Recht. 1. und 2. Aufl. Halle 1901.

Deutsche Juristen-Zeitung. Berlin.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Mannheim 1897.

Endemann, Handbuch des Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1881. Insbesondere v. Völderndorff, Von den Kaufleuten. Bd. 1. Wendt, Die Hilfspersonen. Bd. 1.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten nebst Motiven.

Fuld, Das Recht des Handlungsgehilfen. Hannover 1897.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. Berlin 1903.

Gareis und **Fuchsberger,** Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Gerth, Das Konkurrenzverbot im deutschen Handelsgesetzbuch mit Ausschluß der sogen. Konkurrenzklausel. Inaugural-Dissertation Leipzig. Dresden 1901.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Berlin 1901.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 3. Aufl. Stuttgart 1891.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, insbes. Laband, Zur Lehre von der Stellvertretung. Bd. 10.

v. **Hahn,** Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. a) 2. Aufl. Braunschweig 1871. b) 4. Aufl. Braunschweig 1894.

Hahn und **Mugdan,** Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. 6. Bd. Materialien zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1897.

Hasenkamp, Das Konkurrenzverbot nach dem Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897. Inaugural-Dissertation. Greifswald 1899.

Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge. Berlin 1905.

Lehmann und **Ring,** Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1899.

v. **Mantey,** Das Konkurrenzverbot für den Handlungsgehilfen nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 unter Berücksichtigung der entsprechenden Bestimmungen des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Inaug.-Dissert.- Leipzig. Borna-Leipzig 1904.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Berlin 1898.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Berlin 1897.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches.

Staub, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Berlin 1896.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1900.

Tiedemann, Das gesetzliche Konkurrenzverbot und die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen nach dem neuen Handelsgesetzbuch. Inaug.-Dissert. Leipzig 1904.

Thöl, Das Handelsrecht. 5. Aufl. 1875.

Warburg, Das gesetzliche Konkurrenzverbot für Handlungsgehilfen nach altem und neuem Handelsgesetzbuch. Inaug.-Dissert. Rostock. Hamburg 1903.

Abkürzungen.

A.D.H.G.B. = Allgemeines deutsches Handelsgesetz von 1861.
A.L.R. = Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794.
B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch.
C.P.O. = Civilprozeßordnung von 1898.
H.G.B. = Handelsgesetzbuch von 1897.
R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Leipzig.
R.Gew.O. = Reichsgewerbeordnung.
R.O.H.G. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Stuttgart.

§ 1.

Einleitung.

Neben verschiedenen anderen politischen Errungenschaften ist die Gewerbefreiheit ein Produkt des 19. Jahrhunderts. Zünfte und Gilde hielten seit dem Mittelalter das gewerbliche Leben in engen Banden. Noch hatte Ende des 18. Jahrhunderts das preußische Landrecht[1]) den Zunftzwang bestätigt, als bereits zum Beginn des 19. Jahrhunderts die Stein-Hardenbergische Gesetzgebung[2]) den Grundsatz von der Gewerbefreiheit zum ersten Male zum Ausdruck brachte. Verschiedene im Laufe des 19. Jahrhunderts entstandene Gesetze[3]) befaßten sich mit der Regelung des gewerblichen Lebens auf Grund der Gewerbefreiheit und suchten den Mißständen, die die Durchführung der Gewerbefreiheit hervorbrachte, zu begegnen. Den Schluß dieser Bewegung bildete der Erlaß der Reichsgewerbeordnung in der neuesten Fassung vom 26. Juni 1900.

Nach § 1 der R.Gew.O. „ist der Betrieb eines Gewerbes jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Aus-

---

[1]) vgl. A.L.R. II, 8 §§ 479 ff.

[2]) Gewerbesteueredikt vom 2. November 1810; Gewerbepolizeiedikt vom 7. September 1811.

[3]) Preußische allgemeine Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845; Bundesgesetz betr. den Betrieb der stehenden Gewerbe vom 8. Juli 1868 (Notgewerbegesetz); Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869.

nahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind".

Einschränkungen dieser Art finden sich sowohl in diesem Gesetze selbst,[1]) als auch in verschiedenen Reichs- und Landesgesetzen.[2]) Diesen Verboten und Beschränkungen des öffentlichen Rechtes hat das Handelsgesetzbuch noch Handelsverbote in Gestalt der sogen. Konkurrenzverbote hinzugefügt. Durch diese Verbote werden dem Handelsgewerbe, für das in gleicher Weise wie auch für jedes andere Gewerbe die Bestimmungen der Gewerbeordnung in Betracht kommen,[3]) noch besondere Beschränkungen auferlegt. Es sind derartige Konkurrenzverbote ergangen an Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge, an die socii der offenen Handelsgesellschaft, an die Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, an die Komplementäre der Kommanditgesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien.[4]) Durch sie wird einzelnen Personen verboten, überhaupt ein Handelsgewerbe zu betreiben, oder doch als Angestellte mit ihrem Prinzipal, oder als Gesellschafter mit der Gesellschaft, deren Mitglieder sie sind, zu konkurrieren.

In der vorliegenden Abhandlung soll das Konkurrenzverbot für den Handlungsgehilfen hinsichtlich seines Umfanges und seiner Wirkung einer Betrachtung unterzogen werden.

Die Geschichte des Konkurrenzverbotes für den Handlungsgehilfen reicht in das Italien des Mittelalters zurück. Hier dürfte der Ursprung dieses Handelsverbotes in den statuta di

---

[1]) vgl. R.Gew.O. §§ 16 ff., 34, 35 usw.

[2]) Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873; Börsengesetz vom 22. Juni 1896; Reichsmilitärgesetz von 1874.

[3]) vgl. Thöl, Handelsrecht Bd. 1 S. 147.

[4]) H.G.B. §§ 60, 72, 112, 165, 236, 326.

Calimala zu suchen sein.[1]) Im alten Rom, in dem die Handlungsgehilfen des Prinzipals, Haussohn und Sklave, ispo jure für den pater familias erwarben, wäre ein solches Verbot zwecklos gewesen. In Deutschland machte die strenge Regelung des gewerblichen Lebens durch Gilden und Zünfte ein Konkurrenzverbot für den Handlungsgehilfen entbehrlich.

In der neueren Gesetzgebung ist ein Konkurrenzverbot zuerst in das preußische Landrecht[2]) aufgenommen worden: „Ohne ausdrückliche Erlaubnis des Prinzipals darf kein Faktor Handelsgeschäfte für eigene Rechnung treiben."

Der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten nahm die Bestimmungen des allgemeinen Landrechts auf und dehnte sie dahin aus, daß unter das Verbot auch die Handelsgeschäfte auf Rechnung eines Dritten fallen.[3])

Aus dem preußischen Entwurf wurde das Konkurrenzverbot unter Ausdehnung auf den Prokuristen und den Generalhandelsbevollmächtigten sowie auf alle Handelsgehilfen in das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch aufgenommen.[4]) Das neue Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1898 nahm mit vielfachen Abänderungen, die in der Hauptsache durch die Verschiedenheit in den grundlegenden Begriffen bedingt waren, die Bestimmungen über das Konkurrenzverbot für den Handlungsgehilfen in der folgenden Form auf:

§ 60. Der Handlungsgehilfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem

---

[1]) vgl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. 1 S. 249.

[2]) vgl. A.L.R. II, 8 §§ 523, 524.

[3]) vgl. Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten nebst Motiven 2. Teil S. 30.

[4]) Art. 59, 56 A.D.H.G.B.

Handelszweig des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.

Die Einwilligung zum Betriebe eines Handelsgewerbes gilt als erteilt, wenn dem Prinzipal bei Anstellung des Gehilfen bekannt ist, daß er das Gewerbe betreibt und die Aufgabe des Gewerbes nicht ausdrücklich vereinbart.

§ 61. Verletzt der Handlungsgehilfe die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung, so kann der Prinzipal Schadensersatz fordern; er kann statt dessen verlangen, daß der Handlungsgehilfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.

Die Ansprüche verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkte, in welchem der Prinzipal Kenntnis von dem Abschlusse des Geschäfts erlangt; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in fünf Jahren von dem Abschlusse des Geschäftes an.

Erster Teil.

Der Umkreis des Konkurrenzverbotes.

§ 2.

Die Personen des Konkurrenzverbotes: Der Prinzipal und der Handlungsgehilfe.

Betrachten wir zunächst die Personen, für welche das Konkurrenzverbot in Betracht kommt, den Prinzipal und den Handlungsgehilfen.

Die kurze Definition „Eigentümer einer Handelsniederlassung“, die das alte Handelsgesetzbuch im Art. 41 für Prinzipal gegeben hat, ist von dem neuen Handelsgesetzbuch nicht aufgenommen worden. Dieses hat bedauerlicherweise überhaupt keine Definition des Begriffes Prinzipal gegeben, sondern seine Bestimmung der Theorie und Praxis überlassen.

Da die Legaldefinition des „Prinzipals“ im alten Handelsgesetzbuch ohnehin zu ungenau war, so hatte sich bereits die Wissenschaft vor dem Erscheinen des neuen Handelsgesetzbuches mit einer näheren Bestimmung dieses Begriffes befaßt. Es mögen nur die Definitionen v. Hahns und Behrends erwähnt sein. „Prinzipal ist der Kaufmann in seiner Beziehung zum Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten, sowie auch zum gesamten Hilfspersonal seiner Handelsniederlassung“, definiert v. Hahn.[1]) Behrend[2]) bestimmt diesen Begriff: „Prinzipal ist die Person, die nach außen als Träger des Handelsgewerbes erscheint, mithin der Kaufmann als Inhaber eines bestimmten Handelsgeschäftes.“ Beide Definitionen haben statt der unzutreffenden Legaldefinition „Eigentümer einer Handelsniederlassung“ schlechthin Kaufmann gesagt. Denn es kommt nicht so sehr darauf an, wie Hachenburg[3]) richtig betont, daß der Prinzipal Eigentümer einer Handelsniederlassung ist, sondern auch der Nießbraucher und Pächter eines Geschäftes, das derselbe unter eigener Firma führt, ist Prinzipal. Haupterfordernis für die Prinzipalität ist deshalb die Kaufmannseigenschaft. Es würde zu weit führen, auf die Bestimmung des Begriffes Kaufmann einzugehen. Ein Hinweis

---

[1]) vgl. v. Hahn Bd. 1 § 1 zu Art. 96 S. 441/42.

[2]) Behrend 1 § 37 S. 206.

[3]) vgl. Düringer u. Hachenburg Bd. 1 Anm. 1 zu § 59 S. 195.

auf die Ausführungen des Gesetzes in §§ 1—7 H.G.B. soll hier genügen.

M. E. ist es überflüssig, daß Behrend[1]) für den Begriff der Prinzipalschaft noch die prinzipale und unbeschränkte Haftung für die während ihrer Dauer begründeten Geschäftsschulden erfordert. Dieses Erfordernis entspringt der Kaufmannseigenschaft des Prinzipals, deren essentiale die unbeschränkte Haftung für die Geschäftsschulden ist, und bedarf deshalb keiner besonderen Betonung.

Bei dem Kaufmann als Einzelkaufmann ist die Frage, wer Prinzipal ist, ohne weiteres zu beantworten. Nicht so leicht ist die Prinzipalität bei den Kollektivpersonen, den sogen. Handelsgesellschaften festzustellen.

Nach der Hachenburgischen Definition: „Prinzipal ist, wer kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrags das Geschäft nach außen zu vertreten und die Firma zu zeichnen berechtigt ist, sei es für sich allein oder in Gemeinschaft mit anderen“ kann Prinzipal nur eine physische Person sein.

M. E. ist es irrig, daß zur Prinzipalität nur die physische Person fähig ist. Prinzipal kann auch eine juristische Person sein.[2]) Deshalb sind nicht Prinzipale die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft und Genossenschaft, sowie der Geschäftsführer der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Denn sie sind nicht Inhaber des Handelsgewerbes, sondern nur die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft, für die sie die Prinzipalschaft als ihre Organe ausüben.

Bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft sind sämtliche Gesellschafter, abgesehen von den

[1]) vgl. Behrend a. a. O.

[2]) vgl. Behrend a. a. O.: Die Prinzipalschaft kann einer oder mehreren physischen oder juristischen Personen zustehen.

Kommanditisten, Prinzipale und haben die Rechte und Pflichten von solchen. Bei der stillen Gesellschaft können Zweifel über die Prinzipalität nicht auftreten, da der stille Gesellschafter nicht Kaufmann ist und nur, ähnlich wie der Aktionär, mit einer Kapitaleinlage beteiligt ist.

Wie schon der von princeps stammende Ausdruck Prinzipal andeutet, soll er vor allem das Verhältnis des Kaufmanns zu seinen Leuten ausdrücken. v. Hahn[1]) hat dies auch richtigerweise in seiner Definition zum Ausdruck gebracht, und auch Behrend[2]) hat dieses Momentes Erwähnung getan, während Düringer und Hachenburg diesen Gesichtspunkt gänzlich beiseite lassen. Gerade in der vorliegenden Abhandlung interessiert uns die Stellung des Kaufmanns zu seinen Leuten am meisten.

Ausschließlich im 6. Abschnitte des neuen H.G.B., der von den Handlungsgehilfen und Handlungslehrlingen handelt, ist der Kaufmann Prinzipal benannt. Es läßt sich daraus der Schluß ziehen, daß das Gesetz, um dem Kaufmann den Namen Prinzipal beizulegen, ein dauerndes Dienstverhältnis zu seinen Leuten erfordert. Deshalb hat auch das Gesetz bei der Behandlung der Stellung des Kaufmanns zu seinen Handlungsbevollmächtigten die vom alten H.G.B. gebrauchte Bezeichnung Prinzipal beiseite gelassen und spricht hier nur noch vom „Inhaber des Handelsgeschäfts".

---

[1]) vgl. oben S. 5.

[2]) vgl. Behrend a. a. O.: Keine von der vorstehenden verschiedene Bedeutung, sondern lediglich eine spezielle Anwendung derselben ist es, wenn der Ausdruck Prinzipal auf das Verhältnis des Kaufmanns zu seinem Hilfspersonal (Handlungsgehilfen, Handlungsbevollmächtigten, Prokurist) bezogen wird.

Zur Bestimmung des Begriffes Handlungsgehilfe können wir von der in § 59 H.G.B. gegebenen Legaldefinition: Handlungsgehilfe ist, „wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist, ausgehen.

Angestellt ist nun der Handlungsgehilfe, der seinem Prinzipal Dienste auf Grund eines vertragsmäßigen Dienstverhältnisses in Unterordnung unter die Weisungen des Geschäftsherrn leistet. Diesem Grundsatze hat sich fast ohne Ausnahme die Literatur[1]) zum H.G.B. angeschlossen. Erforderlich ist deshalb, daß ein wirksamer Dienstvertrag nach §§ 611—630 B.G.B. zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen abgeschlossen ist.

Wirksam ist der Dienstvertrag jedoch nur dann, wenn beide Kontrahenten voll geschäftsfähig sind oder bei beschränkter Geschäftsfähigkeit eines der beiden Teile die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorliegt (§ 107 B.G.B.). Diese Genehmigung oder Einwilligung ist nicht erforderlich, sofern der minderjährige Prinzipal gemäß § 112 B.G.B. von seinem gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes ermächtigt ist. In diesem Falle ist der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig für alle der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes nicht bedürfenden Handelsgeschäfte, kann also auch Handelsgehilfen anstellen.

Auf seiten des minderjährigen Handlungsgehilfen macht der § 113 B.G.B. die Genehmigung oder Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zum Eingehen eines Dienstvertrages entbehrlich für den Fall, daß der gesetzliche Vertreter ihn

[1]) vgl. Denkschrift S. 55; Hahn-Mudgdan S. 234; Staub Anm. 5 zu § 59 S. 242; Goldmann Anm. 1 zu § 59 S. 270; Makower zu § 59 I S. 110.

ermächtigt hat, in Dienst zu treten. In diesem Falle gilt der Minderjährige als voll geschäftsfähig für alle Rechtsgeschäfte, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienstverhältnisses der gestatteten Art betreffen. Da sich die Ermächtigung jedoch nicht auf Rechtsgeschäfte erstreckt, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf, so kann nur derjenige Minderjährige, dessen gesetzlicher Vertreter Inhaber der elterlichen Gewalt ist, in Rücksicht auf die Vorschriften der §§ 1643, 1822 Z. 11 B.G.B., auf Grund der erteilten Ermächtigung ein Dienstverhältnis eingehen, das ihn zu persönlichen Leistungen auf längere Zeit als ein Jahr verpflichtet.[1]) Der Vertrag, durch den sich ein Minderjähriger, dessen gesetzlicher Vertreter ein Vormund ist, auf längere Zeit als ein Jahr verpflichtet, ist unwirksam ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Die Dienste, die der Handlungsgehilfe leistet, müssen auf Grund eines Vertrages geschuldet sein. Es liegt deshalb keine Anstellung vor, wenn die Ehefrau oder das minderjährige Kind im Handelsgeschäfte des Ehemannes oder Vaters kaufmännische Dienste verrichten, da sie hierzu nicht durch Vertrag, sondern auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1356, 1617 B.G.B., sofern die darin angegebenen Voraussetzungen vorliegen, verpflichtet sind.[2])

Als ein besonderes Merkmal des zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen abgeschlossenen Dienstvertrages hebt Goldmann[2]) hervor, daß ein Verhältnis der Abhängigkeit des letzteren vom ersteren, der Unterordnung desselben unter den Willen des ersteren besteht. Nicht sind deshalb Handlungs-

[1]) Goldmann Anm. 11e zu § 59 S. 271.

[2]) vgl. Goldmann Anm. 11e zu § 59 S. 272.

gehilfen die Vorstände der Aktiengesellschaften,[1]) wie überhaupt der juristischen Personen, ferner die Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft[2]) und der Handelsagent (§ 84 H.G.B.). Bei ihnen allen fehlt das Moment der Unterordnung. Die vorstehende Ansicht hat auch das R.O.H.G.[1]) vertreten, das in seinen Entscheidungen die Frage, ob der Vorstand der Aktiengesellschaft Handlungsgehilfe ist, verneint hat. In der Entscheidung Bd. 19 Nr. 19 führt es aus: „Der Vorstand einer Aktiengesellschaft ist nicht bloßer Gehilfe des Prinzipals, der neben demselben, unter dessen Leitung und Aufsicht die Geschäfte besorgt, sondern er tritt, solange seine Funktion dauert, vollständig an Stelle des Prinzipals und übt die Rechte eines solchen aus."

Ein weiteres Erfordernis für die Eigenschaft als Handlungsgehilfe ist die Anstellung in einem Handelsgewerbe. Was ein Handelsgewerbe ist, ergibt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1 Abs. 2, 2, 3 Abs. 2, 210 Abs. 2 und 320 Abs. 2. Der Prinzipal, bei dem der Handlungsgehilfe angestellt ist, muß deshalb Kaufmann sein. Deshalb sind nicht Handlungsgehilfen die Gehilfen anderer Gewerbetreibender, selbst wenn sie nur kaufmännische Dienste leisten. Ohne daß eine Veränderung in seinen Diensten eintritt, kann deshalb durch das Erfordernis der Anstellung in einem Handelsgewerbe der Gewerbegehilfe zu einem Handlungsgehilfen werden, z. B. wenn die Firma des Unternehmers eines nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes in das Handelsregister ein-

---

[1]) vgl. R.O.H.G. Bd. 13 Nr. 64 S. 161, Bd. 19 Nr. 19 S. 62.

[2]) vgl. R.G. vom 23. Dezember 1895 in der Dtsch. Jur. Ztg. 1896 S. 57.

getragen wird. Mit der Eintragung der Firma wird auch der Gewerbegehilfe Handlungsgehilfe. Auf ihn finden jetzt die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches Anwendung.

Nur wer kaufmännische Dienste leistet, ist Handlungsgehilfe. Der Begriff der kaufmännischen Dienste steht zunächst in einem Gegensatz zu den technischen Dienstleistungen,[1]) daß sich beide jedoch ausschließen, ist nicht erforderlich, so werden zweifellos in vielen Handelsgeschäften die Handlungsgehilfen neben den kaufmännischen auch technische Dienste zu leisten haben. Die Entscheidung, ob Handlungsgehilfe oder Gewerbegehilfe, wird im einzelnen Falle davon abhängen, welche Dienste die überwiegenden sind. Rücksicht ist außerdem bei der Entscheidung der Frage, welche Dienste als kaufmännische anzusehen sind, auf die Verkehrsauffassung zu nehmen, wie die Denkschrift[2]) mit Recht betont.

Während zur Geltungszeit des alten Handelsgesetzbuches — folgen wir der Definition v. Hahns[3]) — die Anstellung gegen Entgelt nicht als Merkmal für den Begriff „Handlungsgehilfe“ verlangt wurde, hat die Legaldefinition des neuen Handelsgesetzbuches diesen Zusatz aufgenommen.

Handlungsgehilfe ist nur, wer gegen Entgelt angestellt ist. Worin die Vergütung besteht, ist unwesentlich. Sie kann in fixierten Bezügen, im freien Unterhalt oder freier Wohnung oder im Anteil an Geschäftsgewinn bestehen. Er-

---

[1]) vgl. Fuld, Das Recht des Handlungsgehilfen S. 17.

[2]) vgl. Denkschrift S. 55; Hahn-Mugdan S. 235.

[3]) v. Hahn § 1 zu Art. 57 S. 211. Handlungsgehilfen sind solche Personen, welche in einem Handelsgewerbe angestellt sind, um kaufmännische Dienste zu leisten.

forderlich ist nur, daß der Handlungsgehilfe nicht ohne Vergütung Dienste leistet.

Dadurch, daß das neue Handelsgesetz für den Begriff „Handlungsgehilfe" das Erfordernis der Anstellung gegen Entgelt aufstellte, hat es einen Streit heraufbeschworen über die rechtliche Stellung des Volontärs. Das neue Handelsgesetz hat durch seine Legaldefinition den Volontär von der Klasse der Handlungsgehilfen ausgeschlossen, ohne jedoch seine rechtliche Stellung geregelt zu haben.

Da das für den Dienstvertrag wesentliche Erfordernis der Entgeltlichkeit bei dem Anstellungsvertrag zwischen Prinzipal und Volontär fehlt — denn gerade das Kennzeichen der Eigenschaft als Volontär ist es, daß er ohne Vergütung kaufmännische Dienste leistet —, so können auch die Bestimmungen über den Dienstvertrag (§§ 611—630 B.G.B.) hier nicht in Frage kommen. Ich möchte mich der herrschenden Ansicht[1]) anschließen, daß das Verhältnis zwischen Prinzipal und Volontär ein Auftragsverhältnis ist, dem gemäß § 611 die Unentgeltlichkeit wesentlich ist.

Die Frage, inwieweit die Bestimmungen des 6. Abschnittes über den Handlungsgehilfen auch für den Volontär Anwendung finden, ist verschiedentlich beantwortet worden. Nach Goldmann[2]) ist jede allgemeine Anwendung der Vorschriften für den Handlungsgehilfen auf den Volontär von der Hand zu weisen; „es läßt sich das Verhältnis nur von Fall zu Fall durch Erwägung der konkreten Umstände und

---

[1]) vgl. Staub Anm. 7 zu § 59 S. 242; Düringer-Hachenburg, Vorbem. zum 6. Abschn. IV, 2 N. 192; Lehmann-Ring Anm. 3c zu § 59 S. 151; Horrwitz S. 26; a. M. Goldmann Anm. 1, III zu § 59 S. 276.

[2]) vgl. a. a. O.

im Einzelfalle getroffenen Abreden beurteilen.“ Staub[1]) will alle Vorschriften des Handlungsgehilfenvertrages, bis auf die von der Entgeltlichkeit, auf den Volontär anwenden, „weil er sich eben freiwillig und ohne Gegenleistung in die Stellung eines Handlungsgehilfen begeben hat“. Ihm haben sich in der Hauptsache Düringer-Hachenburg[2]) angeschlossen, die die Vorschriften vom Dienstvertrag, soweit sie nicht auf Entgeltlichkeit beruhen, auch auf den Auftrag anwendbar erklären; insbesondere heben sie §§ 618 B.G.B. und 62 H.G.B., 629, 630 B.G.B. und 73 H.G.B. hervor. Ferner wollen sie, wenn auch mit Bedenken, die von der Konkurrenzklausel handelnden §§ 74, 75 H.G.B. auf das Verhältnis des Volontärs übernommen wissen. Lehmann-Ring[3]) halten nur einzelne Vorschriften für den Handlungsgehilfen auf den Volontär anwendbar, z. B. § 62, zweifelhafter §§ 73 u. 75 H.G.B.

Berücksichtigt man, was Horrwitz[4]) hervorhebt, daß der Volontär in ein Geschäft eintritt, „um sich darin umzusehen oder zu lernen, ohne Lehrling zu sein, und zwar in einer Art zu lernen, die mehr seinen Wünschen und Zwecken als denen des Prinzipals entspricht“, so kommt man m. E. zu der Ansicht,[5]) daß es nur der Billigkeit entspricht, die Vorschriften des Konkurrenzverbotes auch auf den Volontär anzuwenden. Da er in der Lage ist, den Geschäftsbetrieb seines Prinzipals eingehend kennen zu lernen, infolge der Möglichkeit, in verschiedener Weise, wie z. B. als Buchhalter, Korrespondent, Handlungsreisender, Lagerist tätig zu sein,

[1]) vgl. a. a. O.

[2]) vgl. a. a. O.

[3]) vgl. a. a. O.

[4]) vgl. Horrwitz S. 26.

[5]) vgl. Tiedemann S. 21; Warburg S. 69.

so ist auch von ihm eine größere Konkurrenz zu befürchten. Zu dem kommt noch, daß er sich meist in günstiger wirtschaftlicher Lage befindet — wie sein Verzicht auf die Vergütung zeigt — und deshalb seinem Prinzipal, gestützt auf die bei ihm erworbenen Kenntnisse seines Geschäftsbetriebes, wirksame Konkurrenz bieten kann.

§ 3.

Der Inhalt des Konkurrenzverbotes.

Die Verschiedenheit des Begriffes „Handelsgeschäft“ im alten und im neuen Handelsgesetzbuche hätten ohnehin eine Veränderung des vom Konkurrenzverbot für den Handlungsgehilfen handelnden Art. 59 A.D.H.G.B. notwendig gemacht. Jedoch hat sich das neue Handelsgesetz nicht begnügt, lediglich eine durch die Umgestaltung dieses Begriffes notwendig gewordene Abänderung vorzunehmen, sondern es hat auch durch seine Fassung dieses Verbotes im § 60 H.G.B. die Position des Prinzipals wie des Handlungsgehilfen wesentlich günstiger gestaltet. Auf der einen Seite hat es die Schranken, die die Geschäftstätigkeit des Handlungsgehilfen einengten, erweitert, da es zu den verbotenen Geschäften nicht mehr die einzelne Vornahme eines der im Art. 271 A.D.H.G.B. aufgeführten, früher sogen. absoluten Handelsgeschäfte, außerhalb des Handelszweiges des Prinzipals rechnet. Auf der anderen Seite hat es den Prinzipal wirksamer geschützt, indem es die Bedingung der Gewerbsmäßigkeit bei den nach Maßgabe des alten Handelsgesetzbuches als „relative“ bezeichneten Handelsgeschäften (Art. 272) aufgegeben hat und zu den verbotenen Geschäften auch die einzelne Vornahme

eines der damals sogen. relativen Handelsgeschäfte rechnet, wenn sie das Handelsgewerbe des Prinzipals ausmachen.

Das Konkurrenzverbot in § 60 H.G.B. zerfällt in das allgemeine Verbot, ein Handelsgewerbe zu betreiben, und in das Verbot, im Handelszweige des Prinzipals Geschäfte zu machen.

Hinsichtlich des Verbotes eines Handelsgewerbes handelt es sich in Wahrheit nicht um ein Konkurrenzverbot, da man nach dem Sprachgebrauche unter dem Konkurrenten eines Kaufmannes nur denjenigen versteht, der den gleichen Handelszweig zum Gegenstande seiner gewerblichen Tätigkeit hat. Gareis[1]) nennt deshalb den ersten Teil des Verbotes: Gewerbeverbot. M. E. enthält dieser Ausdruck nicht eine Verbesserung, da er den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht. Der Nachdruck ist gerade darauf zu legen, daß ein Handelsgewerbe zu betreiben verboten ist, denn der Betrieb eines sonstigen Gewerbes ist den Handlungsgehilfen erlaubt.[2])

Der Begriff eines Handelsgewerbes ergibt sich aus den §§ 1—3 H.G.B. Darnach ist Handelsgewerbe jeder Gewerbebetrieb, der eines der im § 1 H.G.B. genannten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat, ferner das gewerbliche Unternehmen, das einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und ein land- oder forstwirtschaftliches Nebengewerbe, sobald die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen ist.

---

[1]) vgl. Gareis § 14 S. 56.

[2]) vgl. Staub Anm. 4 zu § 60 S. 252; Goldmann, Anm. 1 II 2cc zu § 60 S. 296.

Wenn zur Bestimmung des Begriffes Handelsgewerbe lediglich ein Hinweis auf die §§ 1—3 H.G.B. genügte, so bedarf es eines näheren Eingehens auf den Begriff „betreiben".

Von der Interpretation dieses Ausdruckes, je nachdem diese extensiv oder restriktiv erfolgt, hängt es ab, inwieweit die gewerbliche Tätigkeit des Handlungsgehilfen durch das Verbot im § 60 S. 1 beschränkt ist.

Vor einem Eingehen auf die Besprechung des Begriffes „betreiben" macht sich eine Untersuchung der ratio legis des Verbotes, ein Handelsgewerbe zu betreiben, nötig, da aus dem Zweck des Verbotes am besten sein Umfang erkannt werden kann. Nach Staub [1]) soll das Verbot verhüten, daß der Handlungsgehilfe die besonderen Verantwortlichkeiten eines Kaufmannes auf sich lade, während Lehmann-Ring [2]) für den legislatorischen Grund halten, die Arbeitskraft des Gehilfen an das Geschäft des Prinzipals zu fesseln. Beide Ansichten stehen im schroffen Gegensatz zueinander, da nach der einen Ansicht der § 60 S. 1 ein Schutzgesetz für den Handlungsgehilfen, nach der anderen für den Prinzipal bedeutet. Wir wollen uns der von Lehmann-Ring vertretenen Ansicht von der ratio legis dieses Verbotes und den sich daraus ergebenden Folgen anschließen.

Staub kann sich, da er das Verbot zum Betriebe eines Handelsgewerbes im Interesse des Handlungsgehilfen gegeben hält, mit einer restriktiven Auslegung des Begriffes „betreiben" begnügen. Nach seiner Ansicht [3]) ist unter „Betreiben" nur der Betrieb eines Handelsgewerbes unter eigenem Namen

---

[1]) vgl. Staub Anm. 4 zu § 60 S. 252.

[2]) vgl. Lehmann-Ring Bd. 1 Nr. 3 zu § 60 S. 157.

[3]) vgl. a. a. O. Anm. 3 zu § 60 S. 252.

zu verstehen. Der Ausdruck im § 60 ist mit dem in § 1 H.G.B. vollständig gleichbedeutend.

Nach unserer Ansicht, die zwar der herrschenden Meinung[1]) widerspricht, ist unter „betreiben“ der Betrieb eines Handelsgewerbes sowohl im eigenen wie im fremden Namen zu verstehen. Zieht man in Rücksicht, daß das Gesetz den Betrieb im fremden Namen an anderer Stelle[2]) sehr wohl kennt, so können Bedenken gegen eine solche Interpretation schwerlich erhoben werden,[3]) zumal die praktischen Folgen, die sich aus unserer Auslegung ergeben, von größter Wichtigkeit sind. Eine Umgehung des Verbotes, die sonst den ganzen, den Schutz des Prinzipals bezweckenden § 60 H.G.B. illusorisch machen würde, wird vermieden durch unsere Erweiterung des Begriffes „betreiben“ auch auf den Betrieb eines Handelsgewerbes im fremden Namen. Deshalb ist der Betrieb eines Handelsgewerbes unter dem Namen der Ehefrau oder des Kindes ein verbotener, wenn der Handlungsgehilfe tatsächlich der Leiter des Geschäftes ist. Eine Unterstützung des Geschäftsbetriebes der Ehefrau oder irgendeines Dritten wird dem Handlungsgehilfen unbedenklich zu erlauben sein, sofern er nur seinem Prinzipal gegenüber die durch den Anstellungsvertrag übernommenen Pflichten nicht vernachlässigt. Vernachlässigt er seine Pflichten, so

---

[1]) vgl. Thöl Bd. 1 Anm. 1 zu § 38 S. 131; v. Völderndorff bei Endemann Bd. 1 S. 138; Gareis, Lehrbuch S. 65; Staub Anm. 5—8 zu § 1 S. 41/42; Makower, Anm. IIIE zu § 1 S. 2/3; Gerth S. 13; v. Mantey S. 18; a. M. Lehmann-Ring Anm. 3 § 60 S. 157; Tiedemann S. 24.

[2]) vgl. § 54 H.G.B.: Ist jemand zum Betrieb eines Handelsgewerbes ermächtigt . . .

[3]) vgl. v. Mantey S. 18.

hat der Prinzipal gemäß § 72 Z. 1 H.G.B. das Recht, das Dienstverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen.

Zweifellos fällt unter das Verbot auch die Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft, an einer Kommanditgesellschaft und Aktienkommanditgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter, sowie an der stillen Gesellschaft als Geschäftsinhaber, da alle diese Gesellschafter Kaufmannsqualität haben. Bestritten ist es, ob auch die Teilnahme als Kommanditist unter das Verbot fällt. Eine Anzahl von Schriftstellern[1]) verneinen diese Frage, da sie den Kommanditisten nicht zu den Kaufleuten rechnen. Staub[2]) führt hierzu aus: „Zwar wird das Handelsgewerbe auch in seinem Namen betrieben. Aber als Kaufmann wird nach allgemeiner Anschauung nur der betrachtet, der das Handelsgewerbe so betreibt, daß er seine volle Rechtspersönlichkeit einsetzt. Als Kommanditist aber riskiert er nur ein bestimmtes Kapital, auf dessen Zahlung er zwar mit seinem ganzen Vermögen haftet, das aber doch nur ein begrenztes Einsetzen seiner juristischen Persönlichkeit involviert."

M. E. ist dem Kommanditisten die Kaufmannsqualität nicht abzusprechen.[3]) Das Hauptmoment, daß das Handelsgewerbe auch in seinem Namen betrieben wird, muß m. E. selbst seine beschränkte Haftung für die Geschäftsschulden in den Hintergrund drängen. Eine Beteiligung als Komman-

[1]) vgl. Staub Anm. 8 zu § 1 S. 42; Goldmann Anm. 2I zu § 1 S. 4; Düringer-Hachenburg Anm. IIIc zu § 1 S. 26.

[2]) vgl. a. a. O.

[3]) vgl. Cosack § 111VI S. 534; Lehmann-Ring Nr. 13 zu § 1 S. 7; Makower I E. zu § 1 S. 3; Horrwitz S. 55; Tiedemann S. 27.

ditist fällt mithin in gleicher Weise wie eine solche als Komplementär unter das Verbot.

Die Beteiligung als stiller Gesellschafter, als Aktionär, wie als Gesellschafter an der Gesellschaft mit beschränkter Haftung,[1]) sowie als Kommanditist an der Aktienkommanditgesellschaft[2]) ist dem Handlungsgehilfen unbenommen, da hier alle Erfordernisse des Betreibens eines Handelsgewerbes fehlen.

Zuzustimmen ist der Ansicht, daß die bloße Vorbereitung zum Betriebe eines, nach Ablauf des Dienstverhältnisses zu errichtenden Handelsgeschäftes nicht unter das Verbot fällt, z. B. Mieten des Ladens, Einkäufe von Waren usw. Eine Schranke findet diese Tätigkeit nur, sobald eine Vernachlässigung der übernommenen Dienstpflicht in Betracht kommt.

Der 2. Teil des § 60 H.G.B. behandelt das eigentliche Konkurrenzverbot, das Verbot, „im Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen".

Das Verbot im alten Handelsgesetze, „Handelsgeschäfte zu machen" ist im neuen Handelsgesetzbuch schlechthin auf Geschäfte machen erweitert worden. Dieser Unterschied erklärt sich aus der oben erwähnten[3]) Verschiedenheit des Begriffes „Handelsgeschäft" in den beiden Gesetzen. Nach der Fassung des § 343 H.G.B. wird es dem Handlungsgehilfen nur möglich sein, Handelsgeschäfte abzuschließen, wenn er ein Handelsgewerbe betreibt.

Eine Betrachtung der ratio legis des wirklichen Konkurrenzverbotes wird auch hier eine Untersuchung über den

---

[1]) A. M. Horrwitz S. 55.

[2]) vgl. Cosack § 123 S. 643.

[3]) vgl. Art. 271 ff. A.D.H.G.B. und § 343 H.G.B.

Umfang des Verbotes wesentlich fördern und soll deshalb an den Anfang der anderen Erörterungen gestellt werden.

Zweck des Verbotes ist es, den Prinzipal vor jeder Konkurrenz des Handlungsgehilfen zu schützen. Da der Handlungsgehilfe vermöge seiner Tätigkeit einen genauen Einblick in die Geschäfte des Prinzipals hat, seine Bezugsquellen und seine Absatzgebiete kennt, so würde er ohne dieses Verbot zweifellos der gefährlichste Konkurrent seines Prinzipals sein.

Unter das Verbot fällt deshalb auch die Vornahme eines einzelnen Geschäftes, wenn es im Handelszweige des Prinzipals vorkommt. Gareis[1]) liest deshalb aus dem Plural „Geschäfte" zu Unrecht heraus, daß die Vornahme eines einzelnen Geschäftes erlaubt sei, indem er ausführt: „Geschäfte machen bedeutet ein Mittelding zwischen einem Handelsgewerbebetrieb einerseits und der Vornahme eines einzelnen Handelsgeschäftes andererseits, es ist mehr als dies und weniger als das." Das Verbot würde die Interessen des Prinzipals wenig schützen, wollte man die Ansicht Gareis' für die maßgebende erklären. Bereits die Vornahme eines Geschäftes kann den Prinzipal schwer schädigen.

Wesentlich für die unter das Verbot fallenden Geschäfte ist die Spekulationsabsicht,[2]) in der sie vorgenommen werden. Bei Geschäften für eigene Rechnung muß die Spekulationsabsicht beim Handlungsgehilfen, bei denen für fremde Rechnung auf seiten des Dritten, für den sie geschlossen werden, vorliegen.[3]) Deshalb ist ein Geschäft, dem dieser Zweck

---

[1]) vgl. Gareis § 14 S. 56.

[2]) vgl. Staub Anm. 5 zu § 60 S. 252; Goldmann Anm. 1 zu § 60 S. 297/98; Horrwitz S. 56.

[3]) Hasenkamp S. 18; Gerth S. 17.

nicht zugrunde liegt, nicht verboten. Sonst wäre es beispielsweise dem Verkäufer in einem Herrengarderobegeschäfte verboten, in einem anderen Geschäfte als dem seines Prinzipals seine Anzüge zu kaufen.[1])

Nicht ist erforderlich, daß die verbotswidrigen Geschäfte bereits abgeschlossen sind. Jede Tätigkeit, die der Handlungsgehilfe entwickelt, um den Abschluß eines Geschäftes zu bewirken, wird deshalb unter das Verbot fallen. Allerdings kann der Prinzipal dann nicht das Eintrittsrecht des § 61 H.G.B. geltend machen, da die Ausübung des Eintrittsrechtes nur bei gemachten, also zum Abschluß gekommenen Geschäften möglich ist. Zweifellos wird aber ihm ein Anspruch auf Schadensersatz zustehen.[2])

Als verbotswidriges Geschäftemachen ist auch die Teilnahme an einer stillen Gesellschaft als stiller Gesellschafter oder als Gesellschafter an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu berücksichtigen, sofern die Gesellschaften im gleichen Handelszweige wie der Prinzipal des Handlungsgehilfen Geschäfte machen.

Eine andere Beteiligung an Handelsgesellschaften fällt unter das bereits erwähnte Verbot, ein Handelsgewerbe zu betreiben.[3])

Das Verbot erstreckt sich auf alle Geschäfte auf eigene wie auf fremde Rechnung. Deshalb gehören zu den verbotenen Geschäften sowohl die Geschäfte, die der Handlungsgehilfe für sich vornimmt (Propregeschäfte), wie auch die-

---

[1]) vgl. Horrwitz S. 56.

[2]) Goldmann Anm. 1bb 3 zu § 60 S. 297/98; Staub Anm. 6 zu § 60 S. 253.

[3]) vgl. S. 18f.

jenigen, die er in seiner Eigenschaft als Agent, Kommissionär oder Bevollmächtigter für einen Dritten abschließt.

Zuzustimmen ist der Ansicht, daß unter das Verbot auch ein Vermittelungsgeschäft im Handelszweige des Prinzipals fällt, ohne Rücksicht, ob der Handlungsgehilfe eine Vergütung bekommt oder nicht. Der Handlungsgehilfe soll in keinem Falle als Wettbewerber seines Prinzipals auftreten, da dies wider Treu und Glauben wäre.[1]) Deshalb gehören zu den erlaubten Geschäften diejenigen, die der Handlungsgehilfe im eigenen Namen, aber für Rechnung des Prinzipales vornimmt.[2]) Erforderlich ist nur, daß der Handlungsgehilfe unverzüglich nach dem Geschäftsabschlusse seinem Prinzipale Mitteilung davon macht.

Im Gegensatz zum alten Handelsgesetzbuch gehören zu den verbotenen nur die Geschäfte im Handelszweige des Prinzipales. Die Frage, was unter dem Handelszweig zu verstehen ist, läßt sich nur unter Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Anschauungen, Gewohnheiten und Gebräuche beantworten.

Ein Merkmal zur Bestimmung des Handelszweiges bietet die im § 1 Abs. 2 Z. 1—9 gegebene Aufführung der Grundhandelsgewerbe. Rücksicht zu nehmen ist dabei jedoch auch auf den Gegenstand des Handelsgewerbes, so daß nicht einem Handlungsgehilfen, der in einem der nach § 1 Abs. 2

---

[1]) vgl. Pilz S. 36.

[2]) v. Hahn § 3 zu Art. 56 S. 203; Behrend Bd. 1 Anm. 42 zu § 45 S. 325: Daß dieser Fall vorliegt, ist aber nur dann anzunehmen, wenn bei der doch unverzüglich nach Abschluß des betreffenden Geschäftes zu erkennen gegeben ist, daß dasselbe auf Rechnung des Prinzipals gehen solle. Eine verspätete Erklärung kann die nachteiligen Folgen der Verbotsüberschreitung nicht beseitigen.

Z. 1 bezeichneten Handelsgewerbe angestellt ist, jede Anschaffung und Weiterveräußerung einer beliebigen Sache verboten ist. Verboten ist z. B. dem Handlungsgehilfen eines Tabakhändlers jede Vornahme eines Tabakgeschäftes, nicht aber der Abschluß oder die Vermittelung eines Kaffeegeschäftes. Erweitert hingegen der Tabakhändler sein Geschäft zu einem sogenannten Kolonialwarengeschäft, so fällt unter das Verbot jetzt auch die Vornahme des Kaffeegeschäfts, selbst wenn der Handlungsgehilfe nur in einem Tabakgeschäft angestellt war. Solange der Handlungsgehilfe in dem erweiterten Geschäft angestellt ist, hat er sich aller derjenigen Geschäfte zu enthalten, die durch die Erweiterung in den Handelszweig des Prinzipales fallen. M. E. ist deshalb das von Horrwitz[1]) gebrachte Beispiel nicht zutreffend, daß der Handlungsgehilfe, welcher durch gelegentliche Vermittelung von Versicherungsabschlüssen sich einen Nebenverdienst verschafft, diese Tätigkeit weiter ausüben kann, auch wenn der Prinzipal in sein Geschäft eine dieselbe Versicherungsbranche angehende Agentur hineinnimmt.

M. E. fällt das vom Handlungsgehilfen unternommene Versicherungsgeschäft unter das Verbot. Nur wenn das vom Prinzipal begonnene Agenturgeschäft rechtlich und tatsächlich gesondert ist, also unter eigener Firma und örtlich von dem ersten Geschäft getrennt betrieben wird, ist die Vornahme von Versicherungsgeschäften dem Handlungsgehilfen erlaubt. Nach der ratio legis des Verbotes ist m. E. eine strenge Interpretation am Platze, und es ist deshalb für das Nebengeschäft des Prinzipals auch eine örtliche Trennung vom Hauptgeschäft erforderlich.[2]) Denn falls zwei Geschäfte,

[1]) vgl. Horrwitz S. 57.

[2]) vgl. Tiedemann S. 33.

wenn auch unter verschiedener Firma, so doch in gleichen Geschäftsräumen betrieben werden, wird es sich schwer vermeiden lassen, daß ein Handlungsgehilfe Einblick in die Geschäfte des unter anderer Firma betriebenen Handelsgewerbes erhält.

Wenn auch bei der Bestimmung des Handelszweiges auf die Art des Geschäftsbetriebes Rücksicht zu nehmen ist, so ist doch eine prinzipielle Unterscheidung von engros- und en-detail-Handel zur Abgrenzung des Handelszweiges nicht zutreffend. Die von Staub[1]) vertretene gegenteilige Ansicht beruht auf einer irrtümlichen Auslegung der zum Belege seiner Ansicht angeführten Reichsgerichtsentscheidung.[2])

Goldmann[3]) will die Entscheidung nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles fällen, im allgemeinen aber das Gewicht auf die Gleichartigkeit des Gegenstandes legen und die Frage verneinen. M. E. ist dieser Ansicht der Vorzug zu geben. Im einzelnen Falle kann dem Handlungsgehilfen die Vornahme von detail-Geschäften mit Waren, deren Vertrieb sein Prinzipal als engros-Händler obliegt, wegen Verschiedenheit der Absatzgebiete — da eine Konkurrenz ausgeschlossen ist — wohl erlaubt sein.

§ 4.

Die Dauer des Verbotes.

Bereits an anderer Stelle[4]) ist hervorgehoben worden, daß die Anstellung des Handlungsgehilfen auf einem Dienst-

[1]) vgl. Staub Anm. 8 zu § 60 S. 253, 3.

[2]) R.G. Bd. 31 S. 99/100.

[3]) Goldmann Anm. 121 zu § 60 S. 297.

[4]) vgl. S. 8 ff.

vertrage beruht. Während der Dauer des Dienstverhältnisses bleibt mithin auch das Konkurrenzverbot in Kraft. Es beginnt seine Geltung mit dem Zeitpunkte des Vertragsabschlusses und dauert bis zur rechtlichen Endigung des Dienstverhältnisses.[1])

Die Ansicht, daß das Konkurrenzverbot schon mit der tatsächlichen Endigung des Dienstverhältnisses seine Kraft verliere, hat auch Vertreter[2]) in der Literatur gefunden und soll deshalb einer Prüfung unterzogen werden.

Den Anlaß zu der Frage, ob die rechtliche oder die tatsächliche Endigung des Dienstverhältnisses die Wirkung des Verbotes aufhebe, hat eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes[3]) gegeben. Nach dieser kann es den Anschein erwecken, als ob schon die tatsächliche Endigung genüge, dem Verbote seine Geltung zu nehmen. In Wahrheit hat jedoch der genannte Gerichtshof den Grundsatz durchgeführt, daß nur die rechtliche Endigung des Dienstverhältnisses die Wirkung des Verbots aufhebt. In dem in Frage kommenden Falle verneint das Reichsoberhandelsgericht die Geltung des Konkurrenzverbotes nicht, weil der Handlungsgehilfe das Dienstverhältnis tatsächlich geendet hat, sondern weil es die tatsächliche Endigung als die durch konkludente Handlung erfolgte Willenserklärung der Kündigung auffaßt. Die Frage nach dem Bestehen des Dienstverhältnisses war nach dem im konkreten Falle in Betracht kommenden preußischen Land-

---

[1]) Staub Anm. 2 zu § 66 S. 252; Lehmann-Ring Nr. 1 zu § 60 S. 156; Goldmann Anm. 1 I, 2 zu § 60 S. 294; Makower Anm. I zu § 60 S. 113.

[2]) Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 2 § 193 Anm. 7 S. 575; v. Hahn 4. Aufl., Braunschweig 1894, Anm. 12 zu Art. 56 S. 296.

[3]) E. d. R.O.H.G. Bd. 16 Nr. 48 S. 171.

recht zu beantworten gewesen. Nach diesem endet das Dienstverhältnis schon dadurch, daß der eine Teil von dem ihm zustehenden freien Rücktrittsrecht Gebrauch macht.[1]) Mit der einseitigen Rücktrittserklärung ist der Vertrag rechtlich aufgehoben. Dem anderen Teile stehen in diesem Falle keine Ansprüche mehr aus dem Vertrage zu, sondern nur Schadensersatzansprüche wegen vorzeitiger und ohne triftigen Grund geschehener Auflösung des Vertrages. Das Reichsoberhandelsgericht hatte deshalb, weil es das rechtliche Bestehen des Dienstverhältnisses verneinte, die Ansprüche des Klägers aus dem Verbote abgewiesen.

Anfechtbar ist es deshalb, wenn Dernburg[2]) die gleiche Entscheidung im Geltungsbereich des gemeinen Rechtes fällt. Nach dem gemeinen, französischen und sächsischen Rechte, dem das einseitige Rücktrittsrecht des preußischen Landrechtes fremd ist, endet das Dienstverhältnis erst mit dem Termine, an welchem eine erfolgte Kündigung rechtlich wirksam ist.

Zur Begründung seiner Ansicht, daß die tatsächliche Endigung des Dienstverhältnisses das Konkurrenzverbot aufheben müsse, führt Dernburg an anderer Stelle[3]) an: „Während der tatsächlichen Dauer des Dienstverhältnisses ist das Verbot gerechtfertigt, da sich der Prinzipal darauf muß verlassen können, daß ihm inzwischen die volle kaufmännische Tätigkeit zukommt. Ist das Verbot auch nur tatsächlich gelöst, so fällt diese Rechtfertigung weg. Die Aneignung des Gewinnes, welchen der Handlungsgehilfe nach seiner tatsächlichen Selbständigkeit macht, wäre hart und unbillig."

---

[1]) vgl. A.L.R. I, 5 §§ 408, 409.

[2]) vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 2 § 193 Anm. 7 S. 573.

[3]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht § 310 III S. 408.

Mit Recht wird dieser Ansicht entgegengehalten,[1]) daß bei ihrer Begründung nur der eine der gesetzgeberischen Gesichtspunkte beachtet worden sei: nämlich der der Fesselung der Arbeitskraft des Gehilfen zugunsten seiner Dienstpflichtigen, indessen die andere Seite der ratio legis: der Ausschluß des Wettbewerbes seitens des Gehilfen, dabei ohne Berücksichtigung geblieben sei. Gerade in Rücksicht auf die von Dernburg nicht beachtete Seite der ratio legis zeigt sich diese Ansicht als unhaltbar. Der Handlungsgehilfe hätte nach den sich aus dieser Ansicht ergebenden Folgen die Möglichkeit, sobald er Kenntnis von einem bevorstehenden lukrativen Geschäft seines Prinzipals hat, dieses selbst vorzunehmen, indem er das Dienstverhältnis vorher einseitig aufhebt.

Seinem Prinzipal stände dann nur ein Schadensersatzanspruch wegen vorzeitiger Lösung des Vertrages zu, der in keinem Verhältnis zu seiner Schädigung durch die Vorwegnahme des Geschäftes steht.

In Rücksicht auf diese Folgen ist die Ansicht Dernburgs zurückzuweisen, die im Gegensatz zu den so einwandfreien Ausführungen des Reichsoberhandelsgerichtes[2]) steht:

„Beklagter kann sich offenbar durch seinen Kontraktbruch nicht den Vorteil verschaffen, Handlungen, welche bei gebührender Fortsetzung seines Dienstverhältnisses widerrechtlich gewesen sein würden, infolge verweigerter Fortsetzung, als rechtlich zulässige betrachten zu dürfen."

Unerheblich ist es für die Endigung des Dienstverhältnisses, ob es nach Ablauf einer Kündigungsfrist oder ohne

---

[1]) vgl. Tiedemann S. 39.

[2]) vgl. R.O.H.G. Bd. 1 Nr. 7 S. 42.

eine solche, wie es das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach §§ 70, 72 H.G.B. gestattet, beendet wird. Im letzteren Falle kann dann die tatsächliche und die rechtliche Endigung des Dienstverhältnisses zusammenfallen. Das Ende der Wirksamkeit des Konkurrenzverbotes hat jedoch nur seinen Grund in dem rechtlichen Ende des Dienstverhältnisses.

§ 5.
Die Aufhebung des Verbotes.

Daß die Bestimmungen des Konkurrenzverbotes nicht zwingender Natur sind, geht, abgesehen vom Mangel einer besonderen Hervorhebung,[1]) aus dem Wortlaut des § 60 H.G.B. hervor.

Der Handlungsgehilfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.

Den Kontrahenten ist es mithin möglich, die Bestimmungen des Konkurrenzverbotes ganz oder teilweise auszuschalten oder zu erweitern. Z. B. kann der Prinzipal auch die Vornahme einzelner Geschäfte, die nicht in seinen Handelszweig fallen, verbieten. Natürlich würde er aus der Übertretung eines solchen Verbotes die Ansprüche aus § 61 H.G.B. nur geltend machen können, wenn er eine solche Vereinbarung mit dem Handlungsgehilfen für den Fall der Verbotsübertretung getroffen hat.

Nach Goldmanns[2]) Ansicht ist der Begriff Einwilligung aus den Art. 56, 59 A.D.H.G.B. übernommen worden und muß

[1]) vgl. H.G.B. § 62 Abs. 4, § 64 S. 2 usw.

[2]) vgl. Goldmann Anm. 1 II a zu § 60 S. 294/95.

deshalb in dem gleichen Sinne wie dort, nämlich als vorherige wie nachträgliche Zustimmung verstanden werden. Wenn wir auch der Begründung dieser Ansicht von der Übernahme des Ausdruckes aus dem alten Handelsgesetzbuch nicht zu folgen vermögen, müssen wir Goldmanns Ansicht doch insoweit beipflichten, daß auch die nachträgliche Zustimmung des Prinzipals, Genehmigung, ein Handelsgewerbe oder ein Geschäft im Handelszweig des Prinzipals zu einem erlaubten macht. Es wäre eine Unbilligkeit dem Handelsgehilfen gegenüber, wenn der Prinzipal trotz Genehmigung von den Rechten des § 61 H.G.B. Gebrauch machen könnte.

Das vom allgemeinen preußischen Landrecht[1]) aufgestellte Erfordernis: die Einwilligung muß ausdrücklich erklärt sein, ist bereits im alten Handelsgesetzbuch in Fortfall gekommen. In diesem wie im neuen Handelsgesetzbuch wird auch eine Erklärung durch konkludente Handlung als Zustimmung aufgefaßt werden können. Es muß genügen, wenn die Genehmigung des Prinzipals aus den Umständen deutlich hervorgeht.[2]) Ob eine konkludente Handlung vorliegt, unterliegt der Beurteilung des Einzelfalles, bei welcher insbesondere auf die Auffassungen des Verkehrs und auf die in demselben zu beobachtenden Grundsätze von Treu und Glauben Rücksicht zu nehmen und zu prüfen ist, ob die Handlungen die Betätigung des Willens, die Zustimmung zu erklären, enthalten.[3]) Deshalb kann auch Stillschweigen als Einwilligung aufgefaßt werden, wie Staubs[4]) Beispiele beweisen:

---

[1]) vgl. A.L.R. Teil II Titel 8 § 523.

[2]) vgl. Anschütz u. v. Völderndorff Bd. 1 Anm. 4 zu Art. 56 S. 412.

[3]) vgl. Goldmann Anm. 1 II, 1b zu § 60 S. 295.

[4]) Staub Anm. 9 zu § 60 S. 253/54.

„Erfährt der Prinzipal davon, daß der in seinen Diensten stehende Gehilfe ein Gewerbe betreibt, und widerspricht er eine Zeitlang nicht, so liegt darin die Einwilligung in den Gewerbebetrieb. Teilt ihm der Gehilfe mit, daß er ein einzelnes Geschäft in seinem Handelszweige abschließen wolle, und widerspricht er nicht, so liegt darin in der Regel noch eine Einwilligung. Denn er würde dolos handeln, wenn er den Handlungsgehilfen zu Aufwendungen veranlassen würde, um ein Rechtsgeschäft abzuschließen, welches er nicht genehmigen will. Dagegen wird hinsichtlich der bereits geschehenen Konkurrenzgeschäfte in dem bloßen Schweigen der Regel nach eine nachträgliche Genehmigung um so weniger liegen, als ja sein Recht erst innerhalb 3 Monaten seit Kenntnis verjährt."

Einen besonderen Fall der Einwilligung zum Betrieb eines Handelsgewerbes hebt der Abs. 2 des § 60 H.G.B. hervor:

Die Einwilligung zum Betrieb eines Handelsgewerbes gilt als erteilt, wenn dem Prinzipal bei der Anstellung des Gehilfen bekannt ist, daß er das Gewerbe betreibt, und der Prinzipal die Aufgabe des Betriebes nicht ausdrücklich vereinbart.

Diese Fiktion der Einwilligung hängt zunächst von der Voraussetzung ab, daß der Betrieb des Handlungsgehilfen dem Prinzipal bei der Anstellung bekannt ist. Während der Verhandlungen, die den Abschluß des Vertrages über das Dienstverhältnis herbeiführen, muß der Prinzipal Kenntnis von dem Gewerbebetrieb des Handlungsgehilfen haben. Die Fiktion würde nicht mehr Platz greifen, wenn der Prinzipal nach dem Vertragsabschlusse, wenn auch vor dem tatsächlichen Dienstantritte die Kenntnis erlangte. Die Kenntnis des Prinzipals nach der Anstellung würde möglicherweise bei Beurteilung

der Frage, ob eine stillschweigende Genehmigung vorliegt, in Betracht kommen.[1])

Für die Kenntnis von dem Gewerbebetrieb ist es nicht erforderlich, daß der Handlungsgehilfe Mitteilung gemacht hat. Jede auch die zufällige Wahrnehmung auf seiten des Prinzipals oder seines Vertreters genügt. Schließt deshalb der Prokurist an Stelle des abwesenden Prinzipals den Dienstvertrag ab, so genügt die Kenntnis des Prokuristen, um den Gewerbebetrieb des Handlungsgehilfen nicht gegen das Konkurrenzverbot verstoßen zu lassen.

Erforderlich dafür, daß die Einwilligung zum Betriebe eines Handelsgewerbes, auf Grund bloßer Kenntnis des Prinzipals vom Betriebe im Augenblicke der Anstellung des Gehilfen, als erteilt gilt, ist ferner, daß nicht Prinzipal und Handlungsgehilfe eine ausdrückliche Vereinbarung über die Aufgabe des Betriebes getroffen haben. Der Beurteilung des Einzelfalles unterliegt es, wann die Vereinbarung als ausdrückliche anzusehen ist.[2]) Die Zustimmung des Handlungsgehilfen zu dem Verlangen des Prinzipals, den Betrieb des Handelsgewerbes aufzugeben, muß zweifellos zu erkennen sein; es wird nicht genügen, wenn der Prinzipal den Betrieb einseitig verboten hat. Betreibt deshalb der Handlungsgehilfe das Handelsgewerbe trotz bloß einseitigen Widerspruchs des Prinzipals weiter, so wird, wenn der Betrieb dem Prinzipal bereits im Augenblick der Anstellung bekannt war, dennoch die Einwilligung des Prinzipals als erteilt gelten.[3])

Liegen die eben behandelten Voraussetzungen vor, so bewirken sie, daß die Einwilligung zum Betrieb eines

---

[1]) vgl. Goldmann Anm. 2 I, 1a zu § 60 S. 298.

[2]) vgl. R.O.H.G. Bd. 10 S. 291.

[3]) vgl. das Beispiel bei Horrwitz S. 58.

Handelsgewerbes als erteilt gilt. Es liegt hierin eine praesumptio juris et de jure, denn ein Gegenbeweis ist nicht zulässig.[1])

Es ist nicht angängig, die Fiktion des Abs. 2 § 60 H.G.B. für die Einwilligung zum Betriebe eines Handelsgewerbes analog auf die Vornahme von Geschäften im Handelszweig des Prinzipals anzuwenden.[2]) Der Prinzipal, der weiß, daß der Handlungsgehilfe in seinem Handelszweig einzelne Geschäfte gemacht hat, muß vielmehr annehmen, daß dieser Konkurrenzgeschäfte nach Anstellung in seinem Handelsgeschäfte unterläßt.

Ist die Einwilligung vorbehaltlos erteilt worden, so kann sie nicht widerrufen werden.[3]) Ein Anhalt für die Ansicht,[4]) daß die Zustimmung prekaristischer Natur ist, findet sich im Gesetz nicht. Es liegt vielmehr in der Natur des Gewerbebetriebes, der einen ganzen Komplex von Geschäften darstellt, daß der Prinzipal die Einwilligung für dauernd, nicht für einen seinem Belieben abhängigen Zeitraum gegeben hat. Außerdem ist der Prinzipal durch die Bestimmungen der §§ 70, 72 H.G.B. genügend geschützt, wenn der Handlungsgehilfe über den eigenen Gewerbebetrieb seine durch den Dienstvertrag übernommenen Verpflichtungen vernachlässigt.

Erteilt wird die Einwilligung zum Betrieb eines Handelsgewerbes oder zur Vornahme einzelner Konkurrenzgeschäfte

---

[1]) vgl. Goldmann Anm. 2 II zu § 60 S. 229; Tiedemann S. 45; v. Mantay S. 26.

[2]) vgl. Goldmann Anm. 2, 7bb zu § 60 S. 298; Lehmann-Ring Nr. 6 zu § 60 S. 158; Makower Anm. II zu § 60 S. 113; Tiedemann S. 44; Gerth S. 26.

[3]) vgl. Goldmann Anm. 1, IIc zu § 60 S. 295; Lehmann-Ring Nr. 2 zu § 60 S. 157.

[4]) vgl. Horrwitz Anm. 1 S. 58.

von dem Prinzipal oder seinem gesetzlichen Vertreter. Ferner ist dazu berechtigt der Prokurist.[1]) Von einem Handelsbevollmächtigten oder von den Organen, denen die Befugnis zur Geschäftsführung obliegt — im Falle der Prinzipal eine Aktiengesellschaft ist —, kann die Einwilligung erteilt werden, sofern sie zu denjenigen Handlungen zu rechnen ist, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt.[2])

Zweiter Teil.

Die Wirkung des Verbotes.

§ 6.

Die Gültigkeit der verbotenen Geschäfte.

Daß bereits das alte Handelsgesetzbuch die Gültigkeit der verbotenen Geschäfte gewollt hat, geht außer den Protokollen[3]) zur Beratung eines Handelsgesetzbuches aus dem Art. 276 A.D.H.G.B. hervor:

„Die Eigenschaft oder die Gültigkeit eines Handelsgeschäfts wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß einer Person wegen ihres Amtes oder Standes oder aus gewerbepolizeilichen oder anderen ähnlichen Gründen untersagt ist, Handel zu betreiben oder Handelsgeschäfte zu schließen."

Im neuen Handelsgesetzbuch läßt der Wortlaut der Bestimmungen des Konkurrenzverbotes im § 60 H.G.B.: „der

---

[1]) vgl. Goldmann Anm. 1, IId zu § 60 S. 295.

[2]) vgl. § 54 Abs. 1 H.G.B.

[3]) vgl. S. 1425 der Protokolle zur Beratung eines Handelsgesetzbuches.

Handelsgehilfe darf nicht usw.“, zweifellos erkennen, daß das verbotene Geschäft nicht ungültig ist. Sollte den Geschäften des Handlungsgehilfen, die der Einwilligung des Prinzipals entbehren, die Gültigkeit fehlen, dann hätte der Gesetzgeber, da das Bürgerliche und das Handels-Gesetzbuch gleiche Terminologien haben, von „können“ statt „dürfen“ sprechen müssen.[1]) Auch der Zweck des Verbotes, nämlich lediglich einen Schutz für die Interessen des Prinzipals zu bilden,[2]) spricht dafür, daß die Gültigkeit der Geschäfte durch ihren verbotenen Abschluß nicht in Frage gestellt werden soll. Der dritte Kontrahent darf nicht dadurch in Mitleidenschaft gezogen werden, daß ein Handlungsgehilfe verbotswidrige Geschäfte abschließt. Abgesehen davon, wäre das Eintrittsrecht sinnlos, wenn die Geschäfte, für die es ausgeübt werden soll, nichtig wären.

Einer Erörterung der Ansicht von Anschütz und von Völderndorff,[3]) die einem Dritten, der die Gehilfeneigenschaft seines Kontrahenten nicht kannte, ein Anfechtungsrecht zusprechen, bedarf es nicht mehr, da diese hierüber später ihre Ansicht geändert haben.[4])

---

[1]) vgl. Planck Bd. 1 S. 27: „Der Rechtsakt, in Beziehung auf den gesagt wird, daß er nicht geschehen kann, ist, wenn er trotzdem vorgenommen wird, unwirksam. Der Rechtsakt hingegen, von dem gesagt wird, daß er nicht vorgenommen werden darf, ist wirksam und zieht für denjenigen, welcher ihn vorgenommen hat, nur andere Nachteile nach sich, insbesondere die Verpflichtung zum Schadensersatz.“ Vgl. auch Staub Anm. 7 zu § 61 S. 255.

[2]) vgl. Behrend Anm. 46 zu § 45 S. 325.

[3]) vgl. Anschütz und von Völderndorff, Erlangen 1868, Bd. 1 S. 414.

[4]) vgl. a. a. O., Erlangen 1895, Anm. 11 S. 326.

Die vom Handlungsgehilfen verbotswidrig abgeschlossenen Geschäfte sind deshalb, abgesehen von den allgemeinen Gründen, wie Irrtum, Betrug und Zwang, weder anfechtbar noch nichtig.

§ 7.

Die Rechte des Prinzipals aus Übertretungen des Verbotes im allgemeinen und ihre Geltendmachung.

Im Anschluß an die Bestimmungen des Konkurrenzverbotes hat das Gesetz die Rechte angeführt, die dem Prinzipal aus Übertretungen des Verbotes entstehen. In Abs. 1 des § 61 H.G.B. führt es als Ansprüche des Prinzipals auf:

„Verletzt der Handlungsgehilfe die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung, so kann der Prinzipal Schadensersatz fordern; er kann statt dessen verlangen, daß der Handelsgehilfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lassen und die aus den Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete."

Neben diesen Rechten, dem Anspruch auf Schadensersatz und dem sogen. Eintrittsrecht, hat das Gesetz in §§ 72, 70 H.G.B. als weitere Rechte des Prinzipals genannt: das Recht, das Dienstverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen und Ersatz des Schadens, der durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entsteht, zu verlangen. Zu diesen vom Gesetz angeführten Ansprüchen kommen noch solche, die sich schlechthin aus dem Inhalte des Verbotes ergeben, nämlich der Klage auf künftige Unterlassung, insbesondere Schließung des unbefugt etablierten Handelsgewerbes

und zur Durchführung der gesamten Ansprüche des Prinzipals die Klage auf Rechnungslegung.[1])

Von grundlegender Bedeutung sind die Unterschiede des Art. 51 Abs. 3 A.D.H.G.B. und des § 61 Abs. 2 H.G.B., die beide von den Hauptrechten des Prinzipals bei Verbotsübertretungen, Schadensersatzanspruch und Eintrittsrecht, handeln. Während nach dem alten Handelsgesetzbuch Schadensersatzanspruch und Eintrittsrecht nebeneinander geltend gemacht werden konnten, hat das neue Handelsgesetzbuch dem Prinzipal nur einen der beiden Ansprüche nach seiner Wahl zugebilligt.

Auf die Frage, ob diese Einschränkung der Rechte des Prinzipals der Billigkeit mehr entspricht, wie die Denkschrift[2]) besagt, soll hier nicht eingegangen werden, da die Frage m. E. der praktischen Bedeutung entbehrt,[3]) nachdem der Gesetzgeber im Sinne der Denkschrift entschieden hat.

Eingehende Erörterung erfordert die Streitfrage, ob es sich in § 61 H.G.B. um eine sogen. Alternativobligation oder eine facultas alternativa handelt, da sich an die Entscheidung dieser Frage in diesem oder jenem Sinne gewichtige Folgen knüpfen.

Nach Goldmanns Ansicht[4]) liegt ein alternatives Schuldverhältnis vor, „da beide Leistungen — sowohl der Schadensersatz als auch das Geltenlassen der für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen und die Herausgabe der aus Geschäften für fremde Rechnung bezogenen Vergütung oder die Abtretung des An-

---

[1]) vgl. Staub Anm. 5 und 6 zu § 61 S. 255.

[2]) vgl. Denkschrift S. 56; Hahn-Mugdan S. 236.

[3]) vgl. Tiedemann S. 49.

[4]) vgl. Goldmann Anm. I, II zu § 61 S. 300.

spruchs auf die Vergütung — in obligatione sind, derart, daß nur die eine oder die andere Leistung zu bewirken ist".

M. E. ist der von Staub[1]) vertretenen Ansicht, daß eine facultas alternativa vorliegt, der Vorzug zu geben. Nach dem Wortlaut des § 61 H.G.B. ist nur die eine Leistung geschuldet: der Schadensersatz. Nicht zwei Leistungen sind in obligatione. Übt deshalb der Prinzipal sein ihm nach § 61 H.G.B. zustehendes Wahlrecht zwischen Schadensersatzanspruch und Eintrittsrecht nicht aus, so bleibt es nicht ungewiß, welche Leistung der Schuldner zu bewirken hat.

Als praktische Folge unserer Ansicht ergibt sich, daß dem Handlungsgehilfen ein Recht nicht zusteht, dem Prinzipal eine Frist zur Wahl zu stellen. Nach Goldmanns Ansicht von der Alternativobligation wäre dem Handlungsgehilfen das Recht aus § 264 Abs. 2 B.G.B. zu gewähren, welcher lautet:

„Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge, so kann der Schuldner ihm unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Wahl auffordern. Mit dem Ablaufe der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt."

M. E. würde es durchaus nicht der Billigkeit entsprechen, könnte der Handlungsgehilfe die schon ohnehin kurze Frist von 3 Monaten, die dem Prinzipal zur Geltendmachung seines Wahlrechtes zusteht, verkürzen. Da das Verbot dem Prinzipal zum Schutze gegen seine Angestellten gegeben ist, so würde es nicht der ratio legis entsprechen, wenn der Handlungsgehilfe den Prinzipal zur Wahl drängen könnte. Da es sich doch stets um verbotene Geschäfte auf seiten des

---

[1]) vgl. Staub Anm. 1 zu § 61 S. 254.

Handlungsgehilfen handelt, so erscheint uns eine Rücksichtnahme auf ihn nicht angebracht. Bei der Kürze der dreimonatigen Verjährungsfrist für die Geltendmachung der Rechte halten wir es auch nicht für eine unbillige Härte, den Handlungsgehilfen während dieser Dauer im ungewissen zu lassen, von welchem seiner Rechte der Prinzipal Gebrauch machen wird.

Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Gehilfen oder durch Klageerhebung und kann für jedes der abgeschlossenen Geschäfte verschieden ausgeübt werden.[1]) Ein Widerruf der abgegebenen Erklärung ist nicht zulässig, so daß die gewählte Leistung als die vom Anfang an geschuldete gilt.[2])

Die Ausübung des Wahlrechts und die Geltendmachung der Ansprüche steht dem Prinzipal zu. Die offene Handelsgesellschaft wird dabei von ihren geschäftsführenden Mitgliedern vertreten, die Kommanditgesellschaft durch die Komplementäre, die Aktiengesellschaft durch ihren Vorstand, soweit man die Ausübung des Wahlrechts zu denjenigen Handlungen rechnen kann, die der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt.[3])

---

[1]) vgl. Lehmann-Ring Nr. 2 zu § 61 S. 159; Behrend Anm. 52 zu § 45 S. 327.

[2]) Lehmann-Ring a. a. O.; Staub Anm. 1 zu § 61 S. 254; Goldmann Anm. 1, I zu § 61 S. 300.

[3]) vgl. S. 33 u. Anm. 2.

§ 8.

Der Anspruch auf Schadensersatz.

Der Anspruch auf Schadensersatz, der dem Prinzipal an erster Stelle zusteht, bestimmt sich nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes.[1])

Da eine Wiederherstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, bei einer Übertretung des Konkurrenzverbotes dem Handlungsgehilfen selten möglich ist, so wird in der Regel der Ersatz des Schadens in einer Geldleistung bestehen. Desgleichen ist es dem Handlungsgehilfen gestattet, den Prinzipal in Geld zu entschädigen, wenn die Herstellung des früheren Zustandes nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist.

Nur der Schaden ist zu ersetzen, der entstanden ist infolge der Zuwiderhandlungen des Handlungsgehilfen gegen das Verbot, nicht derjenige, der auch ohne den zum Schadensersatze verpflichtenden Umstand eingetreten wäre. Nach § 252 B.G.B. umfaßt jedoch der Schaden nicht nur den tatsächlich erlittenen Verlust, sondern auch den entgangenen Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

Nicht identisch ist dieser Gewinn mit dem Gewinne, den der Handlungsgehilfe aus den verbotswidrigen Geschäften gezogen hat.[2]) In vielen Fällen wird der Verlust des Prinzipals

[1]) vgl. B.G.B. §§ 249, 251, 252.

[2]) vgl. Staub Anm. 2 zu § 61 S. 254; Lehmann-Ring Nr. 3 zu § 61 S. 159.

über den vom Handlungsgehilfen gezogenen Gewinn erheblich hinausgehen. So, wenn der Handlungsgehilfe einem Konkurrenten ein Geschäft mit einem Kunden seines Prinzipals vermittelt hat und dieser infolge davon nur noch mit dem Konkurrenzunternehmer Geschäfte macht. Andererseits wird beim Betrieb eines Handelsgewerbes in einem von dem des Prinzipals verschiedenen Handelszweige der Gewinn des Handelsgehilfen in keinem Verhältnis zum Verlust des Prinzipals stehen, da hier in der Regel der Schaden nur in der Entziehung von Arbeitskraft besteht.

Wünscht der Prinzipal nur den vom Handlungsgehilfen gezogenen Gewinn sich zuzueignen, so hat er dies durch Geltendmachung des Eintrittsrechtes zu bewirken.[1])

Die Höhe des Schadens, ebenso wie seine Verursachung durch die Verbotsübertretung des Handlungsgehilfen hat der Prinzipal zu beweisen. In dem Beweis dieser Tatsachen wird sich häufig eine Schwierigkeit bei der Geltendmachung des Ersatzanspruches finden.

§ 9.
Das Eintrittsrecht.

Als zweites Hauptrecht steht dem Prinzipal zum Schutze seiner Interessen gegen Verbotsübertretungen des Handlungsgehilfen das sogenannte Eintrittsrecht zu, d. h. das Recht, zu verlangen, daß der Handlungsgehilfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen An-

[1]) vgl. Buschs Archiv S. 457.

spruch auf die Vergütung abtrete. Wenn auch die dem Art. 97 Abs. 2 A.D.H.G.B. entlehnte Bezeichnung „Eintrittsrecht“ — die im alten Handelsgesetzbuch für die Bestimmungen des Art. 56 Abs. 3 gebraucht wurde — für die Ansprüche aus auf fremde Rechnung geschlossene Geschäfte nicht zutreffend ist, so soll sie doch als die in der Literatur gebräuchliche [1]) beibehalten werden.

Mit der Frage, ob der eingetretene Prinzipal ein direktes Klagrecht gegen den Dritten hat, oder ob ihm nur ein Forderungsrecht gegen den Handlungsgehilfen zusteht, hat sich die Literatur eingehend beschäftigt. Das Resultat dieser Streitfrage, die, wie die Protokolle der Nürnberger Kommission [2]) besagen, „als eine offene der Partikulargesetzgebung und der Wissenschaft zu überlassen sei“, ist die fast einstimmig vertretene Ansicht gewesen, daß der Prinzipal nur auf Grund einer Zession Rechte gegen den Dritten aus den Geschäften seines Handlungsgehilfen erlangen kann. [3])

Bei der Geltendmachung des Eintrittsrechts für Geschäfte, die der Handlungsgehilfe auf eigene Rechnung gemacht hat, ist zu unterscheiden, ob die Geschäfte bereits abgewickelt sind oder nicht.

Sind die Geschäfte bereits abgewickelt, so hat der Handlungsgehilfe lediglich den gezogenen Gewinn herauszugeben

---

[1]) vgl. Staub Anm. 3 zu § 61 S. 254; Goldmann Anm. 1 III zu § 61 S. 301; Lehmann-Ring Nr. 4 zu § 61 S. 159.

[2]) Protokolle S. 87.

[3]) Wendt bei Endemann Bd. 1 S. 258/59; v. Hahn § 3 zu Art. 56; Gareis u. Fuchsberger Anm. 51 zu Art. 97; Laband bei Goldschmidt Bd. 10 S. 202; Staub Anm. 3 zu § 61 S. 254; Makower Anm. 2 zu § 61 S. 113; a. M. Anschütz u. v. Völderndorff Bd. 1 Anm. 5 zu Art. 56 S. 413; Busch Bd. 1 S. 77.

oder seinen Anspruch auf die Herausgabe abzutreten. Er kann hierbei seine Aufwendungen in Anrechnung bringen.[1]) Für diese hat ihm der Prinzipal, da ja das Geschäft als ein von ihm in eigenen Namen begonnenes gilt, vollen Ersatz zu leisten. Für seine persönlichen Bemühungen darf der Handlungsgehilfe nichts berechnen,[2]) denn er soll keinerlei Vorteil aus einem verbotswidrig gemachten Geschäft haben.

Ist das Geschäft noch nicht abgewickelt, hat also der eine oder der andere Teil noch ganz oder teilweise zu leisten, so steht dem Prinzipal die Wahl zu, das Geschäft von seinem Handlungsgehilfen zu Ende führen zu lassen oder sich die Rechte aus dem Geschäfte, soweit sie abtretbar d. h. nicht persönlicher Natur sind, zedieren zu lassen. Im ersteren Falle hat der Handlungsgehilfe das Geschäft auf Grund seiner Dienstpflicht zu Ende zu führen. Nach Beendigung des Geschäftes hat er dem Prinzipal den gezogenen Gewinn unter Abzug seiner Auslagen herauszugeben.

Will der Prinzipal das Geschäft selbst zu Ende führen, handelt es sich also nicht um Leistungen persönlicher Natur, so muß er sich alle Ansprüche vom Handlungsgehilfen abtreten lassen und übernimmt dagegen dessen Verbindlichkeiten aus dem Geschäfte. Die Abtretung der Ansprüche vollzieht sich nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts,[4]) insbesondere ist der Handlungsgehilfe nach § 402 B.G.B. verpflichtet, dem Prinzipal die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise der Forde-

---

[1]) Horrwitz S. 60.

[2]) vgl. Staub, Anm. 3 zu § 61 S. 255.

[3]) vgl. § 59 H.G.B.

[4]) vgl. § 398ff. B.G.B.

rung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern.[1])

Die sich aus dem Geschäfte des Handlungsgehilfen ergebenden Verbindlichkeiten kann der Prinzipal nur mit Genehmigung des Drittkontrahenten übernehmen, falls sie Wirksamkeit gegen ihn haben sollen. In der Regel wird eine solche Schuldübernahme der Fall sein und dadurch das Geschäft tatsächlich zu einem eigenen des Prinzipals werden. Der dritte Kontrahent hat alle die Einreden, die ihm gegen den Gehilfen zur Zeit der Abtretung zustanden, auch gegen den Prinzipal.[2])

Für Geschäfte, die der Gehilfe als Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft oder als Komplementär einer Kommanditgesellschaft abgeschlossen hat, kann der Prinzipal das Eintrittsrecht nicht geltend machen,[3]) da die Geschäfte in diesen Fällen auf Rechnung und im Namen der Gesellschaft abgeschlossen sind. Dem Prinzipal steht hier nur der Anspruch auf Schadensersatz zu.

Bei den auf fremde Rechnung geschlossenen Geschäften kann der Prinzipal verlangen, daß der Handlungsgehilfe „die bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete".

Durch diesen Zusatz zu den Bestimmungen des Art. 56 Abs. 2 A.D.H.G.B. hat das Gesetz die Streitfrage erledigt, ob dem Prinzipal auch das Eintrittsrecht in für fremde Rechnung geschlossene Geschäfte zustehe[4]) oder ob er nur einen An-

---

[1]) vgl. §§ 414, 415ff. B.G.B.

[2]) vgl. § 404 B.G.B.

[3]) vgl. Lehmann-Ring Nr. 4c zu § 61 S. 159.

[4]) vgl. Staub § 5 zu Art. 56; v. Hahn Anm. 9 zu Art. 56 4. Aufl. 1894.

spruch auf Schadensersatz geltend machen könne.[1]) Ein näheres Eingehen auf die entgegenstehenden Ansichten halten wir für unnötig, nachdem sich durch das neue Handelsgesetzbuch diese Streitfrage erledigt hat.

Im übrigen vollzieht sich bei den Geschäften auf fremde Rechnung die Geltendmachung des Eintrittsrechtes in gleicher Weise wie bei den auf eigene Rechnung geschlossenen Geschäften. Der Prinzipal kann, wenn das Geschäft bereits abgewickelt ist, die Herausgabe der bezogenen Vergütung verlangen. Ist die Vergütung noch nicht geleistet — ist das Geschäft also noch in der Schwebe —, so kann der Prinzipal die Zession des Anspruches auf die Vergütung fordern.

§ 10.

Sonstige Rechte des Prinzipals.

Die eben behandelten Rechte des Prinzipals, Schadensersatzanspruch und Eintrittsrecht, haben den Zweck, die durch ein verbotswidriges Verhalten des Handlungsgehilfen *erfolgte* Schädigung des Prinzipals auszugleichen. Die dem Prinzipal ferner zustehenden Rechte: die Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und die Klage auf künftige Unterlassung, bezwecken hingegen einer weiteren Übertretung des Verbotes *vorzubeugen*. Diese Rechte können *neben* Schadensersatzanspruch und Eintrittsrecht geltend gemacht werden.[2])

Da in den meisten Fällen durch eine Verbotsübertretung des Handlungsgehilfen das persönliche Verhältnis zwischen Prinzipal und Gehilfen erschüttert wird, so hat das Gesetz

---

[1]) R.G. Bd. 8 Nr. 11 S. 48 ff.

[2]) vgl. R.O.H.G. Bd. 16 S. 290.

dem Prinzipal das Recht gegeben, das Dienstverhältnis ohne Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu beenden.

Nach § 70 H.G.B. kann das Dienstverhältnis von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, sofern ein wichtiger Grund vorliegt.

Als ein solcher ist, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen, anzusehen, wenn der Handlungsgehilfe die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung verletzt (§ 70 Z. 1 H.G.B.).

Durch die Bestimmung, „sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen", erhellt, daß eine Verbotsübertretung nicht ein absoluter Kündigungsgrund ist. Nur wenn die Umstände eine sofortige Entlassung rechtfertigen, steht dem Prinzipal dieses Recht zu. Deshalb berechtigt eine geringfügige Übertretung, auch wenn sie vorsätzlich ausgeführt ist, keineswegs zur sofortigen Entlassung. Ebensowenig wird dem Prinzipal das Kündigungsrecht ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zuzusprechen sein, wenn der Handlungsgehilfe das Verbot infolge Irrtums z. B. über die Erteilung der Einwilligung übertreten hat.

Als eine Folge der berechtigten sofortigen Entlassung steht dem Prinzipal das Recht zu, den Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstandenen Schadens zu verlangen (§ 70 Abs. 2). In der Regel wird sich dieser Schaden als die Kosten darstellen, die dem Prinzipal durch die Beschaffung eines Ersatzmannes erwachsen, z. B. Insertionsgebühr, höheres Gehalt für einen Ersatzmann.[1])

Für den Fall, daß der Prinzipal von seinem Entlassungsrecht nicht Gebrauch machen, aber doch den Handlungs-

---

[1]) vgl. Staub Anm. 17 zu § 70 S. 278.

gehilfen von weiteren Übertretungen des Verbotes wirksam abhalten will, hat er die Klage auf Unterlassung zu seiner Verfügung. Diese Klage ist, wenn sie auch nicht vom Gesetze ausdrücklich benannt ist, dem Prinzipal unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches von Wissenschaft und Praxis zugebilligt worden.[1]) Stellt sich die Verbotsübertretung als der Betrieb eines Handelsgewerbes dar, so kann der Prinzipal auf Schließung des unbefugt etablierten Geschäfts klagen. Der Nachweis, daß der Handlungsgehilfe hier der Verpflichtung, eine Handlung zu unterlassen, zuwiderhandelt, wird sich im Falle des Betriebes eines Handelsgewerbes leicht erbringen lassen, da eben eine Übertretung des Verbotes im Gewerbebetrieb liegt. Schwieriger wird die Geltendmachung der Klage, wenn sie gegen die Verbotsübertretung durch Vornahme von Geschäften im Handelszweig des Prinzipals gerichtet ist. Der Nachweis, daß der Anspruch auf Unterlassung der verbotswidrigen Vornahme von Konkurrenzgeschäften gefährdet ist, wird schwer zu erbringen sein, da man selbst bei einer einmaligen Vornahme eines Konkurrenzgeschäftes eine Wiederholung nicht annehmen kann. Erreicht der Prinzipal die Verurteilung des Handlungsgehilfen, so wird in dem Urteile die Unterlassung und bei vorangegangener Strafandrohung nach § 890 C.P.O. für den Zuwiderhandlungsfall eine Geld- oder Haftstrafe ausgesprochen.

Wegen des oft schwierigen Nachweises eines erlittenen Schadens und einer Gefährdung seines Anspruches auf Unterlassung wird es sich für den Prinzipal empfehlen, für den Fall einer Verbotsübertretung die Zahlung einer Konventionalstrafe zu

[1]) vgl. Behrend Anm. 49 zu § 45 S. 326; Staub Anm. 5 zu § 61 S. 255; Makower Anm. 1 zu § 113 S. 205; Tiedemann S. 65; Gerth S. 35; R.O.H.G. Bd. 19 S. 138.

vereinbaren. Verlangt der Prinzipal die verwirkte Vertragsstrafe, so schließt er damit die Geltendmachung seiner gesetzlichen Ansprüche aus § 61 Abs. 1 aus.[1]) Dagegen kann der Prinzipal, falls er Schadensersatz verlangt, die verwirkte Vertragsstrafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen[2]).

Die Strafe unterliegt dem richterlichen Ermäßigungsrecht.[3])

§ 11.

Die Verjährung der Ansprüche des Prinzipals.

Durch die Bestimmung des § 61 Abs. 2:

> „Die Ansprüche verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem der Prinzipal Kenntnis von dem Abschluß des Geschäfts erlangt; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in fünf Jahren von dem Abschluß des Geschäftes an"

hat das neue Handelsgesetzbuch Fristen von gleicher Dauer für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches und des Eintrittsrechtes bei Verbotsübertretungen des Handlungsgehilfen eingeführt, die bereits das alte Handelsgesetzbuch hinsichtlich der analogen Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter hatte.[4]) Die unbillige Härte, die es war, dem Handlungsgehilfen den gleichen Schutz wie dem Gesellschafter zu versagen, hat man bei dem Entwurf zum neuen Handelsgesetzbuch berücksichtigt und sich auch seiner Interessen ein-

---

[1]) vgl. Staub Anm. 11 zu § 61 S. 255.

[2]) vgl. § 440 B.G.B.

[3]) vgl. § 343 B.G.B.

[4]) vgl. Art. 97 Abs. 2 A.D.H.G.B.

gehend angenommen, wie die Ausführungen der Denkschrift[1]) erkennen lassen.

„Um den Gehilfen unter allen Umständen gegen die Geltendmachung von Forderungen wegen lange zurückliegender Vorkommnisse zu schützen, ist weiter bestimmt, daß die Ansprüche des Prinzipals ohne Rücksicht auf dessen Kenntnis in fünf Jahren von dem Abschlusse des Geschäftes an verjähren."

Wenn auch das neue Handelsgesetzbuch nur von dem „Abschlusse von Handelsgeschäften" spricht, so wird man zweifellos für die Ansprüche gegen den Handlungsgehilfen wegen einer verbotswidrigen Beteiligung an einer Handelsgesellschaft — wo von einem Geschäfte auf eigene oder fremde Rechnung nicht die Rede sein kann — die Verjährungsfristen des § 61 Abs. 2 gelten lassen müssen. Es ist nicht einzusehen, daß hier die normale dreißigjährige Verjährungsfrist Platz greifen soll, während die Ansprüche der offenen Handelsgesellschaft gegen den Gesellschafter[2]) und der Aktiengesellschaft gegen die Mitglieder des Vorstandes[3]) wegen verbotswidriger Teilnahme an einer Gesellschaft in 3 Monaten verjähren.[4])

Der Zeitpunkt des Beginns der Verjährung ist derjenige Moment, in welchem der Prinzipal Kenntnis von dem Abschluß des verbotenen Geschäfts erlangt. Nach dem eben Gesagten ist dem gleichzustellen die Kenntnis von dem Beginn eines Handelsgewerbes oder der verbotswidrigen Teilnahme an einer Handelsgesellschaft. Erforderlich ist, daß der Prinzi-

[1]) vgl. Denkschrift S. 56; Hahn-Mugdan S. 236.

[2]) vgl. § 113 Abs. 3 H.G.B.

[3]) vgl. § 236 Abs. 3 H.G.B.

[4]) vgl. Gerth S. 43; Hasenkamp S. 48; Tiedemann S. 62.

pal selbst oder sein gesetzlicher Vertreter Kenntnis erlangt. Die Kenntnis des Prokuristen genügt nicht zum Beginn der Verjährungsfrist.[1])

Da beim Betrieb eines Handelsgewerbes oder bei der Teilnahme an einer Handelsgesellschaft nach Kenntnis des Prinzipals vom Betrieb oder der Teilnahme neue Ansprüche aus den laufenden Geschäften entstehen können, so ist es zweifelhaft, wann die Verjährungsfrist für diese Ansprüche beginnt. Beginnt der Lauf der Verjährungsfrist mit der Kenntnis von der Entstehung jedes neuen Anspruches oder mit der Kenntnis von der Teilnahme an einer Handelsgesellschaft? Zur Beantwortung dieser Frage wollen wir die Ausführungen der Denkschrift[2]) zu Rate ziehen, die sich mit dieser Frage bei den analogen Ansprüchen der Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft gegen den Gesellschafter befaßt hat:

„Als verjährt können selbstverständlich immer nur diejenigen Ersatzansprüche gelten, welche vor mehr als 3 Monaten entstanden waren. Dies bezieht sich auch auf den Ersatzanspruch, der aus der Beteiligung eines Gesellschafters bei einer anderen Gesellschaft hergeleitet wird; ein Einwand gegen weitere Ersatzansprüche wird daher durch den Ablauf der Frist von 3 Monaten seit der Kenntnis der übrigen Gesellschafter begründet."

M. E. ist dieser von der Denkschrift vertretenen Ansicht,[3])

---

[1]) vgl. Staub Anm. 9 zu § 61 S. 255; Goldmann Anm. 2II zu § 61 S. 302; Lehmann-Ring Nr. 5 zu § 61 S. 159.

[2]) vgl. Denkschrift S. 84; Hahn-Mugdan S. 259.

[3]) vgl. Staub Anm. 9 zu § 113 S. 364; Makower Anm. 4 zu § 113; Hasenkamp S. 49/50; Gerth S. 43; Tiedemann S. 63; Lehmann-Ring Nr. 5 zu § 113 S. 240; a. M. Cosack § 108, I 5b S. 505.

die von der Mehrzahl der Schriftsteller[2]) geteilt wird, zuzustimmen. Die gegenteilige Ansicht würde im Gegensatz zum Willen des Gesetzgebers[1]) die Anschlußfrist des alten Handelsgesetzbuches beibehalten.[2])

Die fünfjährige Verjährungsfrist beginnt ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Prinzipals mit der Entstehung des Anspruches.

Für die Verjährung finden im übrigen die Bestimmungen des B.G.B. §§ 194 ff. Anwendung.

Die Stellung der eben behandelten Bestimmungen über die Verjährungsfristen als Abs. 2 des von dem Schadensersatzanspruch und dem Eintrittsrecht des Prinzipals handelnden § 61 H.G.B. läßt erkennen, daß nur für diese Ansprüche die kürzeren Verjährungsfristen gelten sollen. Daß ihre Anwendung auf das Recht der Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist ausgeschlossen ist, geht aus dem Charakter und dem Zweck dieses Rechtes hervor.

---

[1]) vgl. Denkschrift S. 56; Hahn-Mugdan S. 236.

[2]) vgl. Hasenkamp a. a. O.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.